

ドイツ法における税理士の指摘警告義務違反と倒産引延し責任

— ドイツ連邦通常裁判所2017年1月26日判決 (IX ZR 285/14) を手掛かりとして —

久保寛展*

- 一. はじめに
- 二. ドイツ連邦通常裁判所2017年1月26日判決 (IX ZR 285/14)
- 三. 継続価値に基づく決算書作成と税理士の指摘警告義務
 1. 継続価値に基づく決算書の作成
 2. 税理士の指摘警告義務違反に基づく責任
- 四. 結語

一. はじめに

(1) 責任リスクの拡大　ドイツの税理士は、法律上委任の範囲内で租税事件において依頼人に助言し、依頼人を代理しかつ依頼人の税務案件の処理および税務上の義務の履行に際して依頼人を援助することを任務とするが (ドイツ税理士法33条1文)¹、このような任務を有するドイツの税理士に関して、近年、会社 (委任者) の倒産の引延しから生じた損害に対する責任問

*福岡大学法学部教授

¹ ドイツ税理士法については、ホルスト・ゲーレ＝飯塚毅(訳)『ドイツ税理士法解説[全訳]』(第一法規出版・1991) 23頁を参照した。

題が現実性を帯び、実務的にも最も重要なテーマの一つになっている²。実際、ドイツの連邦通常裁判所が³2017年1月26日判決（以下、2017年判決とする）³において、債務超過にある有限会社の年度決算書⁴の作成に係る税理士の責任に関して従前の判例⁵を変更し、当該税務助言の専門家に対する責任の

² Schmitt, Steuerberaterhaftung für Insolvenzverschleppungsschäden im Rahmen der Jahresabschlusserstellung – Haftungsfragen zwischen § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB und dem Grundsatz des beschränkten Mandats, ZIP 2017, S. 2235.

³ BGH, Urteil vom 26.1.2017 – IX ZR 285/14, BB 2017, S. 685 = DB 2017, S. 418 = DStR 2017, S. 942 = DZWIR 2017, S. 241 = MDR 2017, S. 516 = NJW 2017, S. 1611 = NZG 2017, S. 468 = VersR 2017, S. 831 = wistra 2017, S. 237 = ZInsO 2017, S. 432 = ZIP 2017, S. 427. なお、本件の評釈として、Baumert, Going Concern-Prüfung als Einfallstor für Hinweispflichten des Steuerberaters – Besprechung von BGH, Urt. v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, ZInsO 2017, 432, ZInsO 2017, S. 486; Bittmann, Anmerkung, wistra 2017, S. 240; Eckert, Praxishinweis, DStRK 2017, S. 290; Desch/Schmidt, Haftung von Steuerberatern für Insolvenzverschleppungsschäden – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.1.2017 (IX ZR 285/14) VersR 2017, 831, VersR 2017, S. 799; Frystatzki, Going-Concern-Bilanzierung bei Vorliegen von Insolvenzgründen – Zugleich auch eine Anmerkung zu BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, DStR 2017, S. 1494; Hömig/Matz, DB-Kompakt, DB 2017, S. 777; Hüttemann, BB-Kommentar, BB 2017, S. 690; Mielke, Verschärfung der Insolvenzverschleppungshaftung von Steuerberatern und Maßnahmen zur Haftungsvermeidung – Zugleich Besprechung von BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, DStR 2017, S. 1060; Meixner/Schröder, Anmerkung, DStR 2017, S. 957; Onusseit/Schröder, Praktische Folgerungen aus dem Urteil des BGH vom 26.1.2017 zur Steuerberaterhaftung, ZInsO 2017, S. 1868; Römermann, Der GmbHR-Kommentar, GmbHR 2017, S. 354; Schädlich, Anmerkung, NZI 2017, S. 318; Stöber, WuB 2017, S. 401; Wagner, Haftung des Steuerberaters für Jahresabschluss unter Zugrundelegung von Fortführungswerten trotz Insolvenzreife der Gesellschaft, EWiR 2017, S. 173; Zaumseil, Steuerberaterhaftung wegen Pflichtverletzung im Zusammenhang mit der Insolvenz des Mandanten – Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 26.01.2017 – IX ZR 285/14, DB 2017 S. 418, DB 2017, S. 891等がある。

⁴ 年度決算書とは、商法に基づき作成される決算書をいい、貸借対照表、損益計算書ならびに附属説明書から構成される（ドイツ商法242条3項、264条1項参照。以下、ドイツ商法については、引用に際してド商と略す場合がある。なお、ドイツ商法の条文訳については、以下、法務省大臣官房司法法制部『ドイツ商法典（第1編～第4編）〔法務資料第465号〕』（2016）を参照した）。

⁵ BGH, Urteil vom 7.3.2013 – IX ZR 64/12, DB 2013, S. 928 = DStR 2013, S. 1151 = WM 2013, S. 802.

リスクを拡大させたことから、2017年判決は非常に注目された。すなわち、有限会社のために年度決算書の作成を依頼された税理士は、作成の過程で提供された書類および自己が知ったその他の諸事情に基づき、企業活動の継続を妨げる重大な損失の発生や支払停止等の「事実上または法律上の実態 (tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten)」⁶を認識した場合には、委任者である有限会社に報告義務を負うことが明確化されたのである。そのため、もし税理士が有限会社の業務執行者に両実態の存在を調査するよう指摘せず、ひいては当該会社が適時に早期の倒産を届け出なかった場合には、税理士の倒産引延しに対する責任が妥当する余地を残すことになった。

(2) 指摘警告義務 たしかに税理士は、企業継続が確実に見込まれる継続予測 (Fortführungsprognose)⁷を作成しかつ重大な事実を探知する義務を負うものではない⁸。一般的な税務委任関係においても、税理士の業務として、経営上の月次評価、従業員の給与計算、税務署への届出等および社会保障関係、年度決算の処理・年度決算書の作成等が目的とされる⁹。しかし年度決算書の作成に際して相応の根拠が明白であり、かつ税理士が、いわゆる倒産成熟 (Insolvenzreife)¹⁰が生じる可能性があることにつき委任者 (会

⁶ 税理士は、年度決算書に計上される資産および負債の評価に際して企業活動の継続 (いわゆるゴーイングコンサーン・バリュウ) を前提とするが、これは、重大な損失の発生や支払停止等の「事実上または法律上の実態」に反しない場合に限る (ド商252条1項2号参照)。このことから、税理士がもし企業活動の継続に基づく作成の過程でこれらの実態を認識すれば、当該実態を報告する義務を負うのかどうか問題にされたのである。

⁷ 継続予測とは、従前の事業経過の分析に基づき作成され、かつ作成の時点で知れたすべての事情を考慮して、予測期間に係る計画策定および企業活動の継続に関する表明を内容とするものである (Hinweis zur Verlautbarung der Bundessteuerberaterkammer zu den Grundsätzen für die Erstellung von Jahresabschlüssen in bezug auf Gegebenheiten, die der Annahme der Unternehmensfortführung entgegenstehen, Beschlossen vom Präsidium der Bundessteuerberaterkammer am 13./14. März 2018, ZInsO 2018, S. 1297, 1303 Rn. 90を参照)。

⁸ Baumert, a. a. O. (Fn. 3), S. 486.

⁹ Schmitt, a. a. O. (Fn. 2), S. 2236.

社)に認識されていないものと想定しなければならない場合には、当該税理士は、倒産原因が委任者に生じる場合があること、およびこれに関連して委任者の業務執行者に調査義務があることを指摘警告しなければならないものと解された。これは、現在では特別な要件のもとで一種の指摘警告義務が税理士に課されることを意味し、もし当該義務の違反があれば、委任者または事後の倒産管財人に対する責任を生じさせるものでもある。税理士が代表機関の構成員である業務執行者に対して倒産申立義務(ドイツ倒産法15a条¹¹⁾の存在を指摘しなかった場合において、事後的に倒産管財人が遅延した倒産申立に基づく損害を請求したときは、税理士は当該損害に対して責任を負わされることにもなるので、学説上、2017年判決は税理士にとって過酷で冷徹であると評された¹³⁾。

(3) 判例・裁判例の流れ　もともと「倒産発生のおそれに直面して沈黙する者は何一つ失敗しない」との黄金ルールは、継続的な税務助言関係のなかで妥当したとされる¹⁴⁾。このルールは、とりわけ2013年の連邦通常裁判所判決¹⁵⁾以降に明確化されたが、このことは、連邦通常裁判所が当時、原則として税務助言を依頼した会社またはその業務執行者への税理士の付随義務として、倒産成熟の存否に関して第三者に調査を依頼するかまたはみずから実施する義務があることを業務執行者に指摘する義務が、一般的な助言委任によって税理士に生じるものではないと判断したことからも明らかである。

¹⁰⁾ 倒産成熟は、支払不能、支払不能または債務超過発生のおそれのような倒産原因の一つが存在する場合に認められる事象である。

¹¹⁾ ドイツ倒産法15a条1項1文は、「法人が支払不能又は債務超過になった場合には、代表機関の構成員又は清算人は、有責的な遅滞なく、支払不能又は債務超過の発生後遅くとも3週間以内に、開始申立をなさなければならない」旨を規定する。

¹²⁾ 以下、ドイツ倒産法については、引用に際してド倒と略す場合がある。

¹³⁾ Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 354.

¹⁴⁾ Mielke, a. a. O. (Fn. 3), S. 1060.

¹⁵⁾ BGH, Urteil vom 7.3.2013 – IX ZR 64/12, DStR 2013, S. 1151.

さらに別件でも、引き続き一般的な助言委任の枠内では、税理士が、倒産法上の債務超過が存在しないことまたは単に決算書上の債務超過が存在したにすぎないことを誤って表明したような場合に限り、税理士の責任が想定されることが明確化された¹⁶。他方、下級審裁判例では、ザールブリュッケン上級地方裁判所において、結論として（少なくとも年度決算書の作成に際して倒産成熟に関する重大な根拠が存在しない限り）業務指揮者に対して、倒産成熟が発生する可能性があることを指摘する税理士の一般的な義務が否定されたのに対し¹⁷、ドレスデン上級地方裁判所は、監査役が義務に違反して倒産成熟の発生に関して説明を行わなかった場合において、当該監査役の義務違反との因果関係を欠くため、税理士および決算監査士の責任を拒絶した¹⁸。このように税理士の責任に係る2013年以降の一連の判例および裁判例の流れのなかで、裁判実務はこれまで税理士の責任にいわば温和的であったのにもかかわらず、前述のように、税理士の責任は2017年判決を契機に過酷なものへと移行したという経緯がある。

（４）本稿の目的　そこで、裁判上このような転換点を迎えた税理士の責任問題に関して、ドイツの学説および実務で注目された2017年判決を取り上げ、その背景や当該判決の意義等を探ることで、本稿では、中小企業に対して金融資本市場のゲートキーパー的機能¹⁹を担う税理士の民事責任につき、今後の比較法に基づく基礎的研究のための材料を提供することにしたい。

¹⁶ BGH, Urteil vom 6.6.2013 – IX ZR 204/12, DStR 2013, S. 2081.

¹⁷ OLG Saarbrücken, Urteil vom 9.12.2015 – 1 U 13/12, DStRE 2016, S. 442.

¹⁸ OLG Dresden, Urteil vom 18.2.2015 – 13 U 1963/13, DStR 2015, S. 2687.

¹⁹ 近時、いわゆるヨーロッパ資本市場同盟の構想では、中小企業に対して資本市場を活用した資金調達が多様化と簡易化措置が検討されている（拙稿「ヨーロッパ資本市場同盟構想における中小企業の資金調達の多様化および簡易化措置」福岡大学法学論叢61巻4号1037頁以下（2017）を参照）。この意味では、少なくとも税理士も金融資本市場でのゲートキーパーとしての機能を担う存在として理解される。

二. ドイツ連邦通常裁判所2017年1月26日判決 (IX ZR 285/14)

まず、学説および実務で非常に注目されかつ転換点にもなった2017年判決につき、以下において事実関係等の確認から始めることとする。

(1) 事実の概要 H 有限会社 (以下、債務者) は、2005年に被告である税理士に対し、2003年度に係る年度決算書の作成を依頼した。この作成のため、債務者は被告に対して、とりわけ自己資本で填補されない3万3,127ユーロ93セントの欠損額を計上した2002年度に係る年度決算書を引き渡した。その後の会計年度でも、債務者は被告に対してそれぞれ新たに年度決算書を作成するよう個別の依頼を行い、被告はこの依頼を履行している。債務者の基本資本は当初2万5,564ユーロ59セントであったが、2007年度には5万ユーロへの資本増加が実施された。

被告が作成した年度決算書では、それぞれ自己資本で填補されなかった欠損額につき、次のように計上された。

決算書の作成	決算日	損益	欠損額
2005年5月	2003年12月31日	▲4万9,071ユーロ 31セント	8万2,199ユーロ 24セント
2006年	2004年12月31日	▲1万3,592ユーロ 24セント	9万5,791ユーロ 48セント
2007年3月15日	2005年12月31日	▲3万2,125ユーロ 13セント	12万7,852ユーロ 50セント
2007年8月28日	2006年12月31日	5万4,192ユーロ 28セント	7万3,660ユーロ 22セント
2009年1月3日	2007年12月31日	▲4万4,216ユーロ 94セント	9万3,441ユーロ 75セント

被告は、2007年4月20日および2007年8月28日の書面 (Anschreiben) のなかで、「債務者の業務執行者は、支払能力が担保されているかどうか、および債務超過が存在しないことにつき定期的に有限会社の支払能力ならびに財産状況を調査する義務を負っていること」を指摘した。また、2007年11月

29日付の書面では、被告は2006年度と比較して20%の件費費の増加のもと、同時に約50%の売上収益が減少した旨を指摘する。さらに、2009年1月15日の書面では、被告は2007年度に係る暫定的な年度決算書を送付し、かつ債務超過が年度欠損額によっていっそう増加したことを通知した。

以上の経緯から、債務者は最終的に2009年7月2日に倒産の自己申立を行い、2009年7月15日に債務者の財産に関する倒産手続が開始され、原告が倒産管財人として選任された。原告は、債務者は秘密準備金(stillen Reseren)を有せず、かつ2002年以降、遅くとも2005年中頃にはすでに被告が最初の依頼の引受けに際して倒産成熟にあったこと、すなわち、債務超過でありかつ債務超過に基づく信用不信(Kreditunwürdigkeit)から支払不能であったことを主張した。いずれにしても、2006年以降は債務者の支払能力に疑義があったとする。被告は、2005年5月に決算書上の債務超過の問題を業務執行者に指摘し、これに基づき被告は、資本増加が計画されることを問題として周知させ、被告自身も当該問題を社員と討議することを業務執行者に説明した。これに対し、原告が、(利益が存在する限りにおいて)被告は引き延ばされた倒産申立によって債務者に発生した2005年6月30日以降の損害の全部を賠償しなければならないことの確認を求めた。

(2) 判決理由の要旨 ハンブルク地方裁判所²⁰は本件訴えを棄却し、ハンブルク上級地方裁判所²¹も原告の控訴を棄却した。これに対し、上告審でも次のように判示して、控訴審判決を破棄し、控訴裁判所に差し戻した。すなわち、

「①資本会社に倒産原因が存在する場合には、企業活動の継続が倒産手続開始後も期待されるかどうか、または企業活動の停止がまだ倒産申立前に(ド倒157条、158条参照)、すでに倒産開始手続中に(ド倒22条1項2文2

²⁰ LG Hamburg, Urteil vom 19.9.2013 – 334 O 271/12, juris-Online.

²¹ OLG Hamburg, Urteil vom 14.11.2014 – 1 U 190/13, juris-Online.

号参照) もしくは倒産開始後即時に予測されうるかどうか、商法決算書の作成に重要である。この場合には、倒産成熟に基づき企業活動が予測期間内(12か月)に停止されるかどうかを考慮される。それゆえ、倒産原因が存在する場合であっても、継続価値に基づく倒産計画が存在し、予測期間内に譲渡型再建が尽力されかつ再建が可能である場合、あるいは企業活動が倒産手続開始後も予測期間内に継続されるであろうことが想定される場合には、商法上、継続価値に基づく決算書の作成は許容される」。

②「その場合には企業の全体的状況に係る複雑な予測が必要とされるが、倒産原因が存在するにもかかわらず、なお決算書が継続価値に基づき作成されるときは、個別事案での具体的な理由づけが要求される。倒産原因の存在にもかかわらず、単に企業が広範に事業活動を展開する事実だけでは、評価に際して企業活動の継続に依拠することを正当化できるものではない。単に経済生活へ積極的に参加しただけでも将来的な企業継続の証明には十分でない。倒産原因の存在と、発生する可能性がある倒産申立義務(ド倒15a条)に基づき、倒産開始が企業活動を停止させるかどうかを予測するには、むしろ企業が倒産原因の発生時点でどのような状況にあったのが重要である。企業が過去に収益を得ていなかった場合や容易に財務資金を使用できないような場合、決算書上の債務超過の発生のおそれがあるかまたは当該債務超過がすでに発生したような場合には、これらに基づく倒産の危機に鑑みると、企業が倒産手続外で継続できる十分な蓋然性は存在しない。その場合、倒産法では決算書上の継続予測とは異なる倒産法上の存続予測の作成が要求される」。

③「税理士が自己に提供された書類および自己に知れたその他の諸事情に基づき、企業活動の継続に対する疑義が存在しないものと判断する場合には、税理士は企業継続に係る法律上の推定(ド商252条1項2号²²⁾)に基づき企業活動の継続を前提とすることができる。このことは、とくに会社が過去に持

続的に収益を得ていたような場合、容易に財務資金を使用できる場合および決算書上の債務超過の発生のおそれがない場合に妥当する。しかし反対に、税理士が年度決算書の作成のため自己に提供された書類および自己に知れた諸事情に基づき、企業継続の推定（ド商252条1項2号）が妥当しないものと確認したにもかかわらず、継続価値に基づき決算書を作成したような場合には、当該決算書には瑕疵がある」。

④「さらに、提供された書類およびその他の諸事情に基づき、継続価値に基づく決算書の作成を妨げる事実上または法律上の実態の存在が判明する場合、またはそれにもかかわらず、税理士が継続価値に依拠すべきかどうかを委任者（会社）に明確にさせることを怠った場合にも、当該決算書には瑕疵がある。税理士が年度決算書の作成の枠内で得た知識または自己の有する知識に基づき、事実上または法律上の実態として企業活動の継続を妨げる諸事情を知っているかまたは知らなければならなかったかどうかが重要である」。「企業活動の継続を妨げる事実上の実態には、主として経済的困難が掲げられる。その困難は、たとえば企業に重大な損失が発生した場合、企業の自己資本の具備があまりにも少ない場合もしくは企業が流動性問題（Liquiditätsschwierigkeiten）に陥る場合に考慮される。決算書上の債務超過も事実上の実態（ド商252条1項2号参照）に係る徴表の一つであるが、債務超過単独では倒産原因にならない。しかし決算書上の債務超過は、少なくとも倒産法上の債務超過を調査する契機を与えるものである。本件では、こうした徴表が存在したため、決算書上の債務超過の存在に争いはない。とりわけ債権者は自己資本を喪失したほか、自己資本で填補されない欠損額（ド商268

²² 一般的な評価原則を定めるドイツ商法252条は、1項において「年度決算書に計上される資産及び負債の評価については、とりわけ以下の原則が適用される」旨を定め、引き続き2号において「事実上又は法律上の実態に反しない限り、評価に際しては企業活動の継続を前提としなければならない」旨を定める。なお、これに関連して前掲注（6）も参照。

条3項²³⁾を常に上回る損失を繰り返し計上した」。

⑤「税理士は、自己に提供された情報および（継続的委任関係を通じて）自己に知れたその他の諸事情に基づき、事実上の実態（ド商252条1項2号）として継続予測への疑義を生じさせる倒産原因が発生する可能性があることについて指摘すべきかどうかを調査しなければならない。税理士は、とくに年度決算書の作成の過程で認識しかつ企業活動の継続を妨げる法律上または事実上の実態に関して委任者に報告する義務を負う。しかしながら、税理士に広範な調査義務が課されるものではない。実際また、税理士はみずから債務超過の調査を実施する義務を負うものではない。むしろ、（相応の徴表が示される場合には）業務執行者みずから必要な調査を実施するか、または別途、個別に委任する必要がある。業務執行者が、会社の支払能力や債務超過が発生する可能性があることに注意を払い、倒産成熟が生じた場合にその倒産成熟に係る徴候に対応することは、当該業務執行者の本来の任務でもある。有限会社の業務執行者は、常に自己の義務を履行するのに必要な会社の経済状況および財務状況に関して見通しが得られる組織を構築するよう配慮する義務を負う。業務執行者みずから十分な個人的知識を有しない場合には、業務執行者は専門知識に基づく助言を得る必要がある」。

⑥「本件では、このような被告税理士にとって明白な諸事情が存在した。すでに被告の最初の受任に際して2002年度の年度決算書においては、自己資本で填補されない欠損額として3万3,127ユーロ93セントが計上された。さらに、2006年度の年度決算書を除き、被告が作成したすべての年度決算書において欠損額が増加した」。「被告は、本件で提出された書面のなかでこの事実について指摘および警告する義務を履行しなかった。少なくとも2007年4

²³⁾ ドイツ商法268条3項は、「自己資本が損失によって消尽し、貸方項目の合計額が借方項目の合計額を超えているときは、当該額を貸借対照表の末尾の借方に区分して『自己資本によって填補されない欠損額』の名称で計上しなければならない」旨を定める。

月20日の書面では、倒産原因が発生した場合につき当該倒産原因への十分な指摘が含まれなかったが、これは、被告が単に抽象的にしか業務執行者の調査義務の存在を伝えなかったからにはかならない。しかしながら、税理士は、重要な諸事情を委任者に詳細に説明しなければならず、また重要な諸事情が倒産成熟を発生させる場合があり、もし発生すれば倒産成熟を調査する契機を与えるものであることを委任者に具体的に指摘しなければならない。被告が2007年8月28日の書面のなかで、2006年度の年度決算書において自己資本で填補されない欠損額として7万3,660ユーロ22セントが計上され、これによって会社の債務超過が発生したこと、また前年にも同様の状況が存在したことから、被告がとくに倒産申立義務の有無に関して業務執行者に調査義務があることを指摘した限りにおいて、被告は原則としてこの時点で指摘および警告義務を履行する必要がある」。

⑦「さらに、倒産原因を示す諸事情についての被告税理士の指摘および警告義務につき、被告の側に委任者が危険を認識していないと想定するのに足りる十分な根拠があったことが前提である。もっとも、委任者が倒産原因を示す諸事情を認識し、かつこの諸事情の事実上または法律上の意義を評価できることに依拠されうる場合には、この前提を欠く。会社の業務執行者が従前と同様の企業活動を継続できるかどうかを調査させるには、業務執行者が具体的な事実上および法律上の知識を有するかどうか重要となる」。

⑧「業務執行者に赤字決算（Unterbilanz）が明白であるために、倒産原因が発生した場合には税理士に当該倒産原因を指摘する義務はないとの結論が維持されるものではない。そのため、税理士がこの指摘義務を履行せず、また（繰り返される）毎年の欠損額に基づくリスクが会社に明示されたとすれば、当該会社が実際に早期に倒産を届け出たような場合、被告の倒産引延し損害に対する責任が考慮される」。

三. 継続価値に基づく決算書作成と税理士の指摘警告義務

1. 継続価値に基づく決算書の作成

(1) 瑕疵の2つの方向性　このように連邦通常裁判所は、2017年判決において、税理士が瑕疵ある年度決算書の作成に基づき責任を負う場合とは、どのような場合であるのかに言及した（要旨①ないし④）。この場合の瑕疵には2つの方向性が存在し²⁴、第一に、事実上存在する決算書上の債務超過が年度決算書から認識できない場合、第二に、会社に倒産成熟が存在するにもかかわらず、年度決算書が継続価値を基礎に不当に（zu Unrecht）作成された場合の2つを指すものとする。とりわけ後者の場合、もともと税理士は年度決算書の作成に際して企業継続を前提にできるのが原則であるが（ド商252条1項2号）、たとえ倒産原因が存在する場合であっても、それだけではこの前提は変わらず、継続価値が原則になる²⁵。その場合、商法決算書の作成に際して重要なことは、企業継続が倒産手続開始後も予測されるかどうか、あるいは企業活動の停止が倒産申立前であっても、すでに倒産開始手続中であってもまたは倒産開始決定の直後でも予測期間内に予測されるかどうかであると指摘される²⁶。この場合の予測には、信頼できる企業活動継続型の倒産計画が存在するような場合、譲渡型再建が予測期間内に尽力されかつ再建が可能であるような場合または倒産手続の開始後であっても企業活動が予測期間内に継続されることが想定される場合には、当該予測は肯定的に考慮され、継続価値に基づき不当に作成されたことにならない²⁷。

(2) 事実上または法律上の実態（ド商252条1項2号）　しかしながら、事実上または法律上の実態が企業継続を妨げる場合は、事情が異なる。この

²⁴ Vgl. Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 355.

²⁵ Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 355.

²⁶ Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 355-356.

²⁷ Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 356.

場合、決算書作成の周期性を根拠にして、決算日以降、翌事業年度の終結時までの予測期間内（12か月）に企業継続が見込まれるかどうか、もしくはこの期間内に企業の収益力によって弁済期の到来した債務の弁済を担保できるかどうかが重要となるが²⁸、もし当該期間内に企業活動が停止されることが想定される場合には、この事情は法律上の実態として評価され、継続価値に基づく決算書の作成は不当になる。したがって、この場合は決算書作成に際して清算価値で評価されなければならない²⁹。さらに、法律上の実態には企業の解散や清算を対象とする法律または定款規定の充足ならびに社員決議が含まれるほか、それ以外にもたとえば事業経営の許可（Konzession）の失効等も掲げられる³⁰。会社財産に関する倒産手続の開始も法律上の実態を意味しうが、これは解散事由を内容として形成されるものである（解散原因に関するドイツ株式法262条1項3号、ドイツ有限会社法60条1項4号³¹およびド商131条1項3号参照）。

これに対し、事実上の実態としては、企業活動を最終的に断念しなければならない経済的困難が掲げられる³²。2017年判決では、この困難として企業に重大な損失が発生した場合、企業の自己資本の具備があまりにも少ない場合もしくは企業が流動性問題に陥る場合を例示列举するが、任意に企業活動を停止する場合も、この法律要件に服する³³。経済的困難の枠内では、実務上、主要な例として倒産原因の存在が掲げられるが³⁴、学説によれば単に経済的困難の存在だけで倒産原因の疑義が強められたわけではなく、場合に

²⁸ Bittmann, a. a. O. (Fn. 3), S. 241.

²⁹ Bittmann, a. a. O. (Fn. 3), S. 241.

³⁰ Frystatzki, a. a. O. (Fn. 3), S. 1494.

³¹ 以下、ドイツ有限会社法については、引用に際してド有と略す場合がある。

³² Frystatzki, a. a. O. (Fn. 3), S. 1494.

³³ Frystatzki, a. a. O. (Fn. 3), S. 1494.

³⁴ Frystatzki, a. a. O. (Fn. 3), S. 1494.

よっては財務上または経営上の事情も企業継続を疑わせる余地があると指摘される³⁵。たとえば財務上の観点では、競争力の維持・強化に必要なにもかかわらず、新たな製造方法の構築のための融資が受けられない場合等が考慮されるのに対し、経営上の観点では、環境負荷の多い大気汚染に基づき生産が禁止される場合等が考慮される³⁶。

決算書作成の過程で自己に知れた諸事情から、継続価値に基づく決算書作成を妨げる事実上または法律上の実態が判明する場合、税理士は委任者に対し、それでもなお継続価値に基づき作成するかどうかについて説明を求めなければならない。連邦通常裁判所は、前述のように、事実上の実態としての経済的困難、ひいては倒産原因の存在に係る徴表としての重大な損失の発生等を例示列举するが、本件では、もともと自己資本の喪失が生じていたこと、および自己資本で填補されない欠損額が常に増加しかつ決算書上の債務超過および損失が繰り返し発生したことを理由に、経済的困難が存在するものと判断された。税理士（被告）は、委任者である有限会社（債務者）と協議することなく継続価値を想定したが、本件は説明を求めたとしても、そもそも企業継続を前提にできない事案であったと思われる。

（３）継続予測に疑義を抱かせる事情 税理士が決算書作成に際して注意義務を果たす場合に継続予測³⁷に疑義を抱かせる事情を認識したならば、これに対して税理士は、当該事情が実際に存在するかどうか、または事実上継続予測を問題とするのに足りるのかどうかを明らかにしなければならない。また、会社が継続予測を税理士に交付する場合には、（不適切なものでない限り）年度決算書の作成に際して当該継続予測が基礎に置かれることから、税理士は会社が継続予測を作成するように配慮しなければならない場合もあ

³⁵ Frystatzki, a. a. O. (Fn. 3), S. 1495.

³⁶ Frystatzki, a. a. O. (Fn. 3), S. 1495.

³⁷ 継続予測については、前掲注（７）を参照。

る³⁸。しかし他方、税理士は、業務執行者の発言内容が実質的な中身を伴わないものである場合には、当該発言を信頼してはならない。2017年判決では、有限会社（債務者）の業務執行者が税理士に対し、決算書上の債務超過が顕著であることから資本増加が考慮されている旨を説明したが、この説明だけでは「実質的な中身を伴わない曖昧な告知でしかない」と理解された³⁹。

さらに、法律上企業継続が推定されることに対し、税理士が明白な疑義を有し、会社に諸事情を具体的に指摘したにもかかわらず、それでも会社が税理士に対し明示的に商法決算書を継続価値で作成するよう指図したような場合には、そもそも会社に清算価値に基づく決算書の作成は期待できない。このことから、税理士によって作成された当該年度決算書には瑕疵がないものと解される⁴⁰。もっとも税理士は、このように委任者である会社から指図を受けたような場合には、自己が作成した年度決算書案にその旨を記載する必要があるが、その際、税理士が会社の業務執行者に対し決算書上債務超過が存在すると一般的に指摘しかつ一般的に調査義務がある旨を指摘しただけでは足りない⁴¹。むしろ、税理士は、法律上継続価値に基づく年度決算書の作成（ド商252条1項2号）に際してどのような要件を充足しなければならないのかとの観点から、商法上の諸要件を充足する場合に限り税理士は継続価値に基づき商法決算書を作成できること、および本件のように企業継続に対する疑義が存在したため前提として会社の継続予測が必要であることについての確かつ明確に当該会社に指摘しなければならない⁴²。

ただし税理士が広範に及ぶ事後的な調査業務をどの程度まで実施しなければならないのかという問題もあるが、この問題については付与された委任の

³⁸ Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 356.

³⁹ Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 356.

⁴⁰ Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 356.

⁴¹ Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 356.

⁴² Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 356.

内容に従い定まるとされる⁴³。その内容のバリエーションとしては、税理士評価を伴わない作成委任、妥当性（Plausibilität）評価を伴う作成委任または包括的評価を伴う作成委任の3つが掲げられるが⁴⁴、いずれにしても調査義務の範囲に関係なく（この区別に意義を認めるのではなく）、商法上の諸要件に違反する場合には、常に当該税理士の年度決算書には瑕疵を伴うのが原則である⁴⁵。

2. 税理士の指摘警告義務違反に基づく責任

（1）指摘警告義務の発生原因 次に2017年判決によれば、年度決算書に瑕疵がなくとも、税理士に倒産成熟が生じることへの指摘警告義務が課されるものとして判断され、当該義務違反の結果として税理士への損害賠償責任が構成された（要旨⑦）。これは、主として債務者が債務関係に基づく義務に違反した場合には、原則として債権者はこれによって発生した損害の賠償を請求できる旨の規定（ドイツ民法280条1項⁴⁶）および有償の事務処理

⁴³ Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 355.

⁴⁴ すなわち、税理士評価を伴わない年度決算書の作成委任の場合は、決算書が単に法律上の要件を遵守して作成されることに尽き、決算書の適正性または妥当性に係る税理士の書類審査は行われず、とくに評価アプローチや評価方法の判定も行われるものではない。これに対し、包括的評価を伴う作成委任の場合は、税理士は提出された書類の適正性（Ordnungsmäßigkeit）および妥当性に関して十分な確証を得る必要があるとされ、たとえば存在するリスクに関しては情報を取得しかつこの情報を評価しなければならない。もし評価に際して、存在するリスクに関して肯定的な情報が得られる場合には、このことは継続価値に基づく作成（ト商252条1項2号参照）を妨げる事情として倒産法上の倒産開始原因にも関係する。他方、妥当性評価を伴う作成委任は、税理士がもともとの作成業務以外にも、自己に提出された証拠書類や帳簿等の照会および分析的評価をもってその適正性および妥当性の存否を評価し、一定の確証をもってそれらが自己にとって適正なものでなかったという事情を排除する特徴を有する（なお、坂本孝司『ドイツ税理士による決算書の作成証明義務〔第2版〕』（TKC出版・2016）57-58頁も参照）。

⁴⁵ Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 355.

⁴⁶ 以下、ドイツ民法については、引用に際してド民と略す場合がある。

に関する規定（ド民675条1項）の両者から理由づけられるが⁴⁷、信義誠実（ド民242条）から要請される、委任の範囲内で知った危険を委任者に指摘する一般的な契約上の付随義務（ド民241条2項）から理由づけることも考えられる⁴⁸。もっとも、こうした税理士の本来の給付義務の外で発生する指摘警告義務について、2017年判決では、当該税理士が（a）倒産原因が発生した場合に当該倒産原因に係る重大な根拠を認識していたような場合、または（b）倒産成熟が発生した場合に当該倒産成熟が委任者に認識されていないものと想定されなければならない場合に生じるとされた。このうち（a）の重大な根拠としては、連続する数年の間に自己資本で填補されない欠損額が幾度も発生した場合や、秘密準備金の不足と同時に、決算書上の債務超過があった場合に考慮され、本件も、税理士にとってこれらの徴候が明らかな事案であった。この場合にはじめて、税理士は、委任の範囲外でも委任者に対し重大な根拠を詳細に明示しかつこのことから生じる倒産成熟を調査するきっかけがあることを具体的に指摘しなければならないものとされる。なぜなら、もともと税理士は、自発的に債務超過の存否の調査を実施または倒産原因の発生を考慮して会社の発展を観察する義務を負うわけではないからであり、また会社の経済状況および倒産成熟を常に確認し、場合によっては倒産申立をなすことは、むしろ業務執行者の任務でもあるからである⁴⁹。このことは、税理士が単に年度決算書の作成しか依頼されずかつ明示的に企業の倒産成熟の調査依頼を受けなかった場合であっても同様である⁵⁰。

（2）業務執行者の側での赤字決算の明白性 このように指摘警告義務

⁴⁷ Fischer, Haftung des Steuerberaters in Insolvenzverschleppungsfällen (Teil 1), DB 2015, S. 1643, 1646のほか、Mielke, a. a. O. (Fn. 3), S. 1063; Stöber, a. a. O. (Fn. 3), S. 404; Zaumseil, a. a. O. (Fn. 3), S. 894.

⁴⁸ Vgl. Desch/Schmidt, a. a. O. (Fn. 3), S. 800.

⁴⁹ Stöber, a. a. O. (Fn. 3), S. 404.

⁵⁰ Stöber, a. a. O. (Fn. 3), S. 404.

を認めるには、欠損額が幾度となく計上された場合等を理由に倒産原因が明白であることが前提であって、2017年判決でも、倒産原因の存在が一貫して考慮された。すなわち、被告である税理士作成の年度決算書では、主として自己資本で填補されない欠損額が常に増加し計上されていた事実等から、被告は、倒産原因の存在とその調査の必要性を具体的に指摘しなければならなかったのである。しかし被告は、債務超過が生じる可能性がありかつ調査義務があるとの単なる一般的な指摘を行ったにすぎず、これだけでは具体的な指摘があったものとはみなされなかった⁵¹。もっとも、業務執行者の側にも赤字決算（Unterbilanz）が明白であるような場合に、この明白性の理由から税理士に指摘（警告）義務を課すことの当否が問題になるが、必ずしも税理士に指摘義務はないとの結論が維持されるわけではない⁵²（要旨⑧）。本件では、債務者の業務執行者は、被告から決算書上の債務超過が顕著であることの説明を受けていたので、会社には、その重大な事情の存在と意義が認識されていた具体的な根拠が存在したのである。連邦通常裁判所が本件を差し戻したのも、この明白性の問題に係る控訴裁判所の事実誤認に対して再度、判断させるためであると指摘されている⁵³。

（３）指摘警告義務の射程の不明確性の問題　ただし、税理士が委任者に対し発生の可能性がある倒産成熟を義務に基づき指摘する場合には、とりわけ倒産申立義務（ド倒15a条）や支払い禁止（ド有64条⁵⁴）のような別の義務についても指摘する必要があるのかという問題が生じる⁵⁵。つまり、この問題について2017年判決では言及されなかったが、2013年の従前の判決⁵⁶では、「『租税に係る一切の業務の遂行』を依頼された税理士は、倒産成熟を

⁵¹ Vgl. Stöber, a. a. O. (Fn. 3), S. 404.

⁵² なお、BGH, Urteil vom 7.3.2013, a. a. O. (Fn. 5) では、赤字決算が業務執行者に明らかであるため、発生の可能性がある倒産原因についての税理士の指摘義務は存在しないものと判断されたが、2017年判決は、現在ではこの立場に立脚するものではない。

⁵³ Stöber, a. a. O. (Fn. 3), S. 404.

認識していた委任者（有限会社）の業務執行者に対し、倒産申立義務（ド倒15a条）および支払い禁止（ド有63条・64条の旧条文）を指摘する義務を負わない」と判断されたものがあり、2017年判決でも、これを踏襲しているかどうかが依然として不明確のままであったのである。もっとも2017年判決でも、当該問題に重要なことは、付与された委任の内容とその範囲であることに変わりはないとされる⁵⁷。

また、年度決算書の作成に瑕疵があることにつき、2017年判決が2013年判決と本質的に相違する判決を下したわけではないとすれば、税理士が場合によっては2013年判決の判旨に基づき指摘義務を負うものではないと信頼したことによって責任を免れる可能性がある。この税理士の信頼が正当化される限り、税理士は許される法律の錯誤（entschuldbaren Rechtsirrtum）の状況にあるといえ、委任者に照会されなかった倒産成熟への指摘義務に関する限りでは、責任を阻却されることがありうる⁵⁸。

（４）業務執行者兼社員に対する税理士の責任 さらに、会社と委任関係にある税理士は、委任者（会社）に対してだけでなく、契約の解釈によって業務執行者兼社員に対しても個人的に責任を負う可能性がある（いわゆる第三者のための保護効を伴う契約法理〔契約の第三者保護効〕⁵⁹。すなわち、

⁵⁴ 現在、有限会社法64条は、「業務執行者は、会社の支払不能の発生又は会社の債務超過の確定後に給付された支払について賠償義務を負う。この義務は、その時の通常の事業者の注意をもって行われた支払については適用しない。社員への支払が会社の支払不能を引き起こしたに違いない場合に限り、業務執行者は、当該支払についても同様の義務を負うが、ただし、第二文において示される注意をもってしても認識することができなかった場合にはこの限りではない。賠償請求については、43条3項及び4項の規定を準用する」旨を定める（条文訳については、早川勝「〔試訳〕有限会社法の現代化と濫用をなくすための法律（MoMiG）による改正有限会社法」同志社法学61巻5号290頁（2009）を参照した）。

⁵⁵ Desch/Schmidt, a. a. O. (Fn. 3), S. 800.

⁵⁶ BGH, Urteil vom 7.3.2013, a. a. O. (Fn. 5).

⁵⁷ Desch/Schmidt, a. a. O. (Fn. 3), S. 800.

⁵⁸ Desch/Schmidt, a. a. O. (Fn. 3), S. 800.

この法理によれば、業務執行者は支払不能または債務超過後の倒産引延しに対する会社への賠償請求権（下有64条参照）について、賠償後に税務助言を行った税理士に対し、当該税理士が適時に倒産成熟を指摘しなかったことを理由に求償権を行使できるかが問題になる⁶⁰。当該求償権は、倒産開始決定後は、即時に業務執行者から倒産管財人に移転されることになるが⁶¹、もし求償権の行使が可能であれば倒産に陥った有限会社の業務執行者は、たいていの場合には支払能力を有しないので、倒産管財人は支払能力を有する別の債務者を確保できる利点を有することになる⁶¹。2017年判決ではこの問題点に触れられないが、これによって税理士に過重な負担を課すことにならないのが問題になろう。

四. 結語

このように2017年判決には、いまだ前述の問題点が残されているとはいえ、当該判決は税理士の責任強化の観点から実務および学説において非常に注目された。以下では、本判決の要点と実務への影響を簡単に要約することで結びに代えたい。

(1) これまで2013年以降の一連の税理士責任の判例の流れでは比較的温和であったにもかかわらず、前述のように、2017年判決⁶²は税理士にとって冷酷なものとして一転した。年度決算書作成の過程で企業活動の継続に対し疑義を有する十分な徴候が税理士に存在する場合、すなわち、税理士が倒

⁵⁹ Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 354. さらに、Fischer, Haftung des Steuerberaters in Insolvenzverschleppungsfällen (Teil 2), DB 2015, S. 1703 ff.も参照。なお、BGH, Urteil vom 14.6.2012 – IX ZR 145/11, GWR 2012, 293では、有限会社の単独社員兼業務執行者は、当該有限会社の倒産成熟の可能性の調査を対象とする、有限会社と税理士との間で締結された契約の保護範囲に含まれるものと判示された。

⁶⁰ Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 354.

⁶¹ Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 354-355.

⁶² BGH, Urteil vom 26.1.2017, a. a. O. (Fn. 3).

産原因を認識するか、またはその相応の根拠が税理士にとって明白であり、かつ税理士が、いわゆる倒産成熟が生じる可能性があることにつき委任者(会社)に認識されていないものと想定しなければならない場合には、当該税理士は、倒産原因が委任者に生じる場合があること、およびこれに関連して委任者の業務執行者に調査義務があることを指摘警告しなければならないものと解されたのである。実務的には税理士の指摘警告義務という一般的な税務助言契約から生じない義務が課された点で重要であろう⁶³。この場合、自己資本の喪失や、自己資本で填補されない欠損額の発生、決算書上の債務超過の存在等が、税理士にとって倒産原因が明白な場合としてあげられるが、いずれにしても、この義務は、税理士に対する今後の新たな行為義務の設定として理解され、当該義務の違反があれば、委任者またはその後の倒産管財人に対する責任を生じさせる。この責任は、委任者が適時に早期の倒産を届け出なかった場合における「税理士」の倒産引延し損害に対する責任として理解されるが、このことは、委任の種類が税理士の評価を伴わない委任、妥当性評価を伴う委任、包括的評価を伴う委任のいずれであっても、責任を回避できないことに変わりはない。

そのため税理士は、当該行為義務に基づき、こうした徴候が実際に存在するか否かをみずから説明するかあるいは委任者の業務執行者にその説明を要求しなければならないらず、税理士がみずから説明する場合には、当該徴候が最終的に問題ないものかどうかまたは疑義を強めるものなのかどうかを確定的に調査することになる。これに対し、選択的に委任者(会社)に対して継続予測を作成するよう要求することもできるが、その場合には税理士は単に

⁶³ したがって、学説上、連邦通常裁判所からみれば、瑕疵を伴う年度決算書の作成は、税務助言契約から生じる主たる給付義務の違反であるのに対し、発生の可能性がある倒産成熟への指摘の懈怠は、当該契約から生じる付随義務の違反であり、それぞれ委任者に対する直接的な義務違反が存在するとされる (Schädlich, a. a. O. (Fn. 3), S. 319)。

書証審査 (Evidenzprüfung) だけを実施し、当該継続予測が明らかに不適切でない場合に限り、年度決算書の作成に際して、税理士は継続価値を前提に当該予測を基礎に置くことができる。調査に際して、「債務超過が顕著であるから資本増加の実施を検討する」との業務執行者の単なる口約束だけでは、これは実質的内容を伴わない曖昧な告知でしかない。

(3) もっとも、税理士が継続予測に対して疑義を有した結果として、委任者 (会社) の業務執行者に対し指摘警告義務を履行したにもかかわらず、それでも委任者が税理士に対し明示的に継続価値で年度決算書を作成するよう指図した場合には、これは必ずしも税理士作成の年度決算書に瑕疵があることを意味するわけではない。もちろん、このことは税理士の責任の逃げ道を意味するものではないが、実務上の観点ではほぼこのような事案を見出すことはできないとの指摘もある⁶⁴。しかし、そうであっても仮に委任者から指図が与えられた場合には、年度決算書においてこの旨を文書として記録する必要があることは確かであろう⁶⁵。また、指摘警告義務として決算書上の債務超過の存在等、一般的な指摘警告義務だけでは足りず、継続価値の問題や、継続価値の前提を妨げる事実上または法律上の実態の存在 (ド商252条1項2号) 等に関して具体的に委任者の業務執行者に説明しなければならないが、この説明が個別事案において十分なものであるかどうかも、最終的に文書記録を通じて裁判所によって判断される性質のものである。

(4) 最後に、以上のようなドイツにおける税理士責任の厳格化は、将来的に中小企業に対する金融資本市場のゲートキーパーの機能にも関係するように思われる。EU では、ヨーロッパ資本市場同盟を通じて中小企業にも金

⁶⁴ Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 357.

⁶⁵ Vgl. Mielke, a. a. O. (Fn. 3), S. 1063; Römermann, a. a. O. (Fn. 3), S. 357; Schädlich, a. a. O. (Fn. 3), S. 319; Zaumseil, a. a. O. (Fn. 3), S. 896のほか、Wagner, Praktische Konsequenzen der Hinweise der Bundessteuerberaterkammer (BStBK) zur Haftungsvermeidung von Insolvenzschäden, ZInsO 2018, S. 1492, 1495.

融資本市場を開放する意図がある以上、ドイツでは税理士がこうした機能を有する可能性があることを否定できない。そのため、2017年判決のように税理士に対して倒産引延し責任を課したのも、このような機能に基づき、今後は、中小企業の倒産引延しによる国民経済的損失は少なくするべきであるとの価値判断が背景にあり⁶⁶、職業専門家としての税理士の責任を強化したものと解する余地があるように思われる。もちろん、わが国とは税理士が担う業務の範囲や責任の程度に違いがあることから、単純な両者の比較はできないが、少なくともわが国の税理士にとってもドイツにおけるこのような責任の厳格化は参考になろう。

* 本稿は、(財) 民事紛争処理研究基金による平成30年度の助成に係る研究成果である。今回の助成に心から謝意を表します。

⁶⁶ Wagner, a. a. O. (Fn. 3), S. 173.